Espaço Discente

DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS: LIAMES CONTRATUAIS COMO ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Mário Cosac Oliveira Paranhos

Introdução. 1. Por uma perspectiva integrativa: (não tão) novas figuras do direito contratual. 2. Da regulação dos contratos associativos: atual legislação e recentes regulações. 3. Definição teórica do contrato associativo: 3.1 Dos contratos relacionais; 3.2 Dos contratos de colaboração; 3.3 Conclusão conceitual: dos contratos associativos não societários. 4. Da análise jurisprudencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: 4.1 Dos contratos conhecidos pelo CADE; 4.2 Dos contratos não conhecidos pelo CADE; 4.3 Do posicionamento do CADE sobre contratos de licenciamento de biotecnologia: 4.3.1 Do voto do conselheiro Alessandro Octaviani (pelo conhecimento); 4.3.2 Do voto do conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça (pelo conhecimento); 4.3.3 Do voto do conselheiro Marcos Paulo Veríssimo (pelo não conhecimento); 4.3.4 Da paradigmática análise da conselheira Ana Frazão (pelo não conhecimento). Conclusão.

Resumo: O presente artigo visa a discutir a definição jurídica dos chamados contratos associativos, em voga por força da sua qualificação como ato de concentração pela atual Lei de Concorrência brasileira, Lei Federal 12.529/2011.

O escopo da discussão tangenciou tanto a definição teórica esboçada pela doutrina internacional e doméstica, passando pela perspectiva macneiliana dos contratos relacionais, quanto a caracterização do contrato como associativo sob o viés concorrencial, por meio de análise de recentes entendimentos jurisprudenciais desposados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Palavras-chave: Contratos Associativos; Contratos Relacionais; Lei de Defesa da Concorrência; Ato de Concentração; Controle Preventivo de Estruturas.

Abstract: This paper discusses the legal definition of so-called associative agreements, in vogue because of its qualification as an Act of Concentration under the new Brazilian Competition Law, Federal Law n. 12.529/2011.The scope of the discussion embraces both theoretical definition sketched by the international and domestic doctrine, through Macneil's perspective regarding relational contracts, as the portrayal of contract as associative under competitive bias, through jurisprudential analysis espoused by the Brazilian Administrative Council for Economic Defense (CADE).

Keywords: associative agreements; relational contracts; competition law; act of concentration; preventive control of structures.

Introdução

A proposta inicial de estudo do presente artigo consiste na análise e discussão da qualificação do negócio jurídico como contrato associativo, bem como sua regulamentação no atual cenário legislativo nacional, para então se delimitar a aplicação da análise compulsória pelo CADE.

Ante a recente alteração do cenário legislativo, importa indagar quais são os limites e a aplicação prática da regulamentação publicada pela autarquia frente aos contratos, bem como se de fato o novo cenário regulatório abarcou plenamente as possibilidades de qualificação de um negócio jurídico como contrato associativo.

Em particular, os seguintes pontos devem ser abordados:

(a) Quais as características que definem um contrato como associativo para fins de submissão perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica?

(b) Quais tipos de contratação e acordos tendem a se qualificar como associativos sob o enquadramento do Conselho? A análise leva em conta um critério exclusivamente de tipicidade ou se aproxima à análise da função e/ou operação econômica emoldurada pelo contrato?

(c) Qual o alcance da Lei Federal 12.529 quanto à regulamentação dos contratos chamados associativos? Qual a posição do CADE e de seus conselheiros sobre os limites da análise?

A partir da proposta inicial, a metodologia do artigo se limitou ao levantamento e revisão bibliográfica das principais obras e artigos científicos referentes aos temas debatidos, além da análise de entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto. A principal base teórica na qual o presente artigo se apoia se refere à figura dos contratos relacionais desenhada por Ian R. Macneil.

Durante o seu desenvolvimento, o tema foi didaticamente subdividido em quatro capítulos-chave, além do capítulo conclusivo, essenciais para o amplo entendimento do debate. O primeiro deles visa a delinear o contexto e as bases teóricas jurídico-econômicas na qual o debate se situa. O segundo abarca a inovação regulatória trazida tanto pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei Federal 12.529/2011) quanto pela Resolução 10, emitida pelo CADE em 29.10.2014. Os dois últimos capítulos apresentam a definição teórica esboçada pelos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, respectivamente.

O tema exposto nos parece de atratividade indiscutível em se tratando de atualidade tanto no campo do direito contratual como concorrencial, valendo-se de sua intersecção para o correto desfecho do artigo.

1. Por uma perspectiva integrativa: (não tão) novas figuras do direito contratual

Dentre os muitos fatores que caracterizam e emolduram os tempos atuais, alguns traços marcantes poderiam ser mais bem delineados com precisão. É o caso da intensa internacionalização das relações de mercado, sua saturação e, em especial, o início da denominada revolução tecnológica, inserindo, tanto na lógica produtiva quanto na lógica consumerista, novas tecnologias de produção e de informação.

Do cenário acima emerge uma nova dinâmica de relações contratuais, bem definida pelo termo *especialização flexível*, ilustrada por Ronaldo Porto Macedo Júnior como estratégia que "visa obter vantagens de mercado, oferecendo um produto com tecnologia única, qualidade única ou apoiada por serviço único".[1]

O modelo comportamental dos agentes econômicos no mercado caracterizado

1. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, 2006, p. 103.

pela especialização flexível se mostra em muito condizente com o modelo econômico schumpeteriano, no qual, distanciando-se da competição por preços defendida pela teoria neoclássica,[2] o mercado competitivo ideal se ampara na inovação, motor pelo qual o agente econômico se sobressairá em relação aos seus competidores, promovendo a inovação econômica e tecnológica e alterando-se consideravelmente as condições prévias de equilíbrio de mercado. Numa perspectiva schumpeteriana, o *ato empreendedor* efetivamente acontece pela introdução de uma *inovação* no sistema econômico visando à obtenção de *lucro extraordinário*, motor de toda a atividade empreendedora.

A *especialização flexível* em muito se entrelaça com a perspectiva econômica schumpeteriana: a saturação do mercado de produção globalizado se mostra como obstáculo ao agente econômico, que intenta se sobressair pela competição por inovações, *oferecendo um produto com tecnologia única, qualidade única ou apoiada por serviço único* – eis a promoção de saltos tecnológicos e quebra do estado de equilíbrio pelo agente empreendedor até que os demais concorrentes o alcancem.

No plano contratual, a competição por inovações se reflete na mudança de paradigma quanto ao comportamento dos agentes no mercado. A cada momento, maior será a necessidade de transações contínuas, constantes e integradas entre diversos vetores e personagens atuantes do mercado, sejam eles agentes econômicos, profissionais ou outros atores.[3] Neste cenário, as relações contratuais modernas se mostram cada vez mais relacionais e duradouras, sustentadas muitas vezes pela cooperação entre as partes contratantes.

Há muito o benefício esperado pela relação contratual deixou de ser a permuta individualista, preterida face à mútua cooperação integrativa.

A mudança de paradigma também se faz sentir no campo epistemológico. A teoria contratual tradicional define o contrato como acordo de vontades em que as partes contratantes possuem interesses contrapostos,[4] quando de fato os mesmos interesses vetores da relação contratual podem muito bem se mostrar apenas diferentes (e não necessariamente opostos) ou até mesmo comuns.[5]

Muitos dos sinais da nova realidade contratual integrativa se fazem presentes nas

2. Segundo Schumpeter, os preços praticados no mercado competitivo tendem ao custo marginal da produção e o lucro do ofertante é mínimo, cenário este que poderia resultar em um estado de equilíbrio que beira a estagnação econômica. Sobre o tema, v. (i) Schumpeter, 2008, pp. 82-83; (ii) José Eduardo Faria, "Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira", artigo avulso, p. 2; (iii) Marco Aurélio Braga, *Subdesenvolvimento, Tecnologia, e Direito Econômico: o Programa Nacional de Nanotecnologia e o Desafio Furtadiano*, Dissertação de Mestrado, 2013, pp. 92-94.

3. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 105.

4. V. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., e Calixto Salomão Filho, "Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato", *RDM* 141/14 e 137, São Paulo, Malheiros Editores. No mesmo sentido, Orlando Gomes definia o instituto afirmando que o "traço característico do contrato é a plurititularidade, isto é, a contraparticipação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos. A contraposição é essencial, não passando o contrato, assim, de uma composição" (Orlando Gomes, *Contratos*, 26ª ed., p. 13). Nota-se, contudo, que o mesmo autor flexibiliza o entendimento, embora ainda receoso quanto à possibilidade de interesses comuns, admitindo "ao menos, a configuração do contrato sempre que os interesses das partes não sejam convergentes, embora não se oponham" (Orlando Gomes, *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 15).

5. Nesse passo, para se demonstrar a dissonância para com o modelo clássico, pertinente citar trecho da obra *Investigações sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*, de Adam Smith (1776, Livro I, cap. I, p. 47), no qual o autor reitera que "O homem tem quase o tempo todo necessidade do auxílio de seus semelhantes e seria em vão que o esperaria unicamente de sua bondade. Teria muito mais certeza de consegui-lo caso se dirigisse ao interesse pessoal deles. É o que faz aquele que propõe um negócio qualquer a outro; o sentido de sua proposta é o seguinte: Dai-me o que preciso e tereis de mim aquilo de que vós mesmos necessitais; e a maioria dos bens e ofícios que nos são tão necessários são obtidos dessa maneira".

discussões jurídicas atuais, sejam em solos internacionais, seja em âmbito nacional.[6] É o caso do modelo cooperativo representado pelos novos subsídios presentes no Código Civil de 2002 (entre eles destaca-se o princípio da boa-fé, cuja semântica cooperativa talvez lhe dê a melhor interpretação operativa), a recente promulgação do Código de Processo Civil de caráter cooperativo, o moderno Código de Defesa do Consumidor, dentre outros.

Naturalmente o paradigma tradicional do direito contratual não encontra resistência relevante em sua aplicação, ainda hegemônica, o que não significa, contudo, que sua hegemonia não seja paulatinamente desgastada mediante revisitações concernentes ao novo modelo contratual. Afinal, não poderia ser outro o caminho percorrido pelos agentes econômicos, seja pela inevitável perspectiva schumpeteriana, seja pela nova realidade de *especialização flexível*, seja propriamente pelos benefícios inerentes à cooperação.[7]

2. Da regulação dos contratos associativos: atual legislação e recentes regulações

A anterior Lei 8.884/1994, em seu art. 54, determinava que os contratos que pudessem limitar ou de qualquer maneira prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deveriam ser apresentados ao CADE para análise técnica. A própria autarquia federal em comento chegou a opinar nesse sentido, conforme ementa do caso National Medical Care Inc. e Baxter Hospitalar Ltda., quando do julgamento do Procedimento Administrativo n. 08000.000518/96-06 de 1997.[8]

Vale dizer que não seriam todos os contratos que deveriam ser submetidos à análise prévia do CADE, mas apenas aqueles que apresentam os pressupostos necessários para tanto, quais sejam, a existência de posição dominante de uma das partes contratantes em relação à outra, bem como a existência de cláusulas potencialmente restritivas da concorrência.

Desde maio de 2012, após a promulgação da atual Lei de Defesa da Concorrência (Lei Federal 12.529/2011), o sistema antitruste brasileiro opera sob novas regras. Em seu art. 90, o referido diploma legal define "ato de concentração" como uma transação em que:

(i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

(ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por qualquer meio, parcial ou totalmente, o controle de uma ou mais empresas;

(iii) uma ou mais empresas incorporam outra empresa ou empresas;

(iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, exceto para os consórcios que são formados em conexão com licitações públicas.

Nos casos acima indicados, é obrigatória a prévia notificação ao CADE, como condição para a celebração do acordo. Em outras palavras, a apresentação dos supostos atos de concentração deve ser feita previa-

6. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., pp. 108-110.

7. Quanto à dicotomia entre individualismo e cooperativismo, o caso modelar do *dilema do prisioneiro* elucida de modo transparente as vantagens e benefícios resultantes do comportamento cooperativo, que se sobrepõem em muito as vantagens resultantes do comportamento individualista. Naturalmente, o *dilema do prisioneiro* se amolda a um cenário em que os interesses não são estritamente opostos. Em regra geral, os obstáculos para que os participantes de qualquer relação potencialmente cooperativa se comportem cooperativamente se fazem presentes precipuamente quando há escassez de informação sobre a contraparte, gerando o comportamento oportunista e estratégia defensiva.

8. Representação n. 08000.000518/96-06; representante: Ruy Barata; representada: National Medical Care Inc. e Baxter Hospitalar Ltda.; Conselheiro Relator: Antônio Carlos Fonseca da Silva; decisão publicada no *DJU* 5.11.1997.

mente e antes da celebração do acordo, para uma análise *ex ante*, e só poderá ser concluída após a aprovação do CADE.

Essa prática, denominada *análise prévia de atos de concentração* tem por objetivo evitar problemas de reversibilidade em operações em que a aprovação é concedida com restrições, ou mesmo em casos de desaprovação.

Com a atual Lei Antitruste, os critérios para a notificação obrigatória das operações ao CADE foram alterados. Como mencionado acima, a lei anterior (Lei 8.884/1994) costumava exigir uma participação de pelo menos 20% de um mercado relevante, ou, alternativamente, se uma das partes envolvidas na transação tivesse obtido receita bruta anual de, pelo menos, 400 milhões de reais no ano fiscal anterior.

A atual legislação antitruste brasileira, por sua vez, estabelece em seu art. 88, incisos I e II, alguns critérios de faturamento para melhor filtrar os atos de concentração que seriam analisados pelo Conselho:

(i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior ao negócio jurídico, equivalente ou superior a 400 milhões de reais; e

(ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios, no ano anterior ao negócio jurídico, equivalente ou superior a 30 milhões de reais.

Neste passo, vale mencionar que os valores mínimos para submissão obrigatória ao CADE como atos de concentração, indicados nos incisos (i) e (ii) do art. 88 da Lei Antitruste foram alterados pela Portaria Interministerial 994 MJ-MF, de 30.5.2012, para 750 milhões de reais e 75 milhões de reais, respectivamente.

Percebe-se que, para que o controle preventivo de estruturas de mercado seja cogente segundo as regras concorrenciais ora vigentes, a operação deverá se referir a uma das hipóteses previstas no art. 90 (fusão, aquisição de controle, incorporação ou celebração de contrato associativo *lato sensu*), cumulado com os critérios de faturamento previstos no art. 88 do mesmo diploma legal, os quais por sua vez também deverão estar presentes de modo cumulativo.

Ao especificar as hipóteses de atos de concentração, para fins de submissão obrigatória, a lei de defesa da concorrência ora vigente se distancia da sua antecessora, que continha redação bastante aberta quanto à sua caracterização. De fato, a anterior Lei 8.884/1994 definia atos de concentração como quaisquer "atos, sob qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços", incluindo-se aqueles que tendessem a qualquer forma de integração do poder econômico, desde que cumprissem com ao menos um dos índices de jurisdição do Conselho.

A amplitude da redação anterior era motivo de insegurança jurídica perante os agentes, dado que a caracterização de atos de concentração e, portanto, sua submissão obrigatória exigia, por regra, a própria análise da subsunção casuística à hipótese do art. 54 da antiga lei pelo Conselho, ou seja, se a operação poderia *limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços*. A análise prévia dos efeitos da operação no mercado, justamente para se verificar a subsunção à hipótese de controle preventivo, significou deixar às mãos do próprio Conselho a decisão quanto à obrigatoriedade da submissão.[9]

9. O Conselho consolidou, inclusive, entendimento jurisprudencial de que não caberia aos figurantes do ato de concentração determinar se tal ato afetaria negativamente a concorrência ou não, sendo tal análise privativa do CADE.

Embora a atual legislação tenha lucidamente estabelecido critérios mais objetivos para a caracterização da operação como ato de concentração de submissão obrigatória ao controle preventivo de estruturas de mercado, o legislador optou por redação mais abrangente no último inciso do art. 90, prevendo uma hipótese cuja amplitude figura como válvula de escape para se enquadrar operações não previstas nos incisos (i) a (iii), mas que contenham preocupações concorrenciais.

Em palavras claras, a anterior insegurança jurídica proveniente da necessária análise prévia da operação para se definir se esta seria ou não ato de concentração de submissão obrigatória foi relativamente transposta à legislação contemporânea, a saber, pelo abarcamento de figura jurídica ainda não muito bem definida no cenário jurídico nacional, qual seja, o *contrato associativo*.

Neste cenário, as autoridades ainda estão a emitir esclarecimentos adicionais sobre a abrangência de aplicação da disposição específica da referida lei no que se refere aos "contratos associativos", em especial por meio de votos de seus conselheiros em casos concretos. Dada a ampla linguagem do art. 90 e da falta de critérios claros em relação a estes acordos, o CADE publicou recentemente a Resolução 10, de 29.10.2014.

A nova resolução considera associativos quaisquer contratos com duração superior a dois anos em que (i) as partes estiverem horizontalmente relacionadas no objeto do contrato sempre que a soma de suas participações no mercado relevante afetado pelo contrato for igual ou superior a 20%; ou (ii) as partes contratantes estiverem verticalmente relacionadas no objeto do contrato, sempre que pelo menos uma delas detiver 30% ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, além de estipular outros critérios.[10]

Resta saber se a recente regulação é suficiente para alcançar uma definição clara quanto às operações subsumidas ao controle preventivo obrigatório e consequentemente a necessária segurança jurídica tão almejada pelos agentes econômicos e propriamente pelo mercado. Nada obstante o esforço da autoridade, a resposta não parece ser promissora, pelo menos até o presente momento.[11]

3. Definição teórica do contrato associativo

Antes de se avançar à discussão da regulação dos contratos denominados associativos, natural que se faça primeiro necessário debate sobre sua definição jurídica, diferenciando-os dos modelos contratuais clássicos.

Em um primeiro momento, importa notar o papel do contrato associativo como instrumento de efetividade prática do direito, este entendido como "conjunto de práticas normativas, práticas de coerção, de sanção social, políticas e da racionalidade".[12] Tanto o papel como a causa do contrato associativo se esclarecem definitivamente pela nova

10. Foi recentemente finalizado o período de consulta pública à proposta de nova Resolução do Conselho, publicitada por meio do Despacho da Presidência n. 125/2016. *Prima facie*, a nova redação não alterou substancialmente a atual Resolução 10, haja vista que define os contratos associativos como aqueles pelos quais se estabelece empreendimento comum, este entendido como empreendimento em regime de cooperação, estabelecendo-se contratualmente o compartilhamento de riscos e resultados, ideia que já vinha contida no bojo da atual Resolução 10.

11. Nesse sentido, "Although CADE issued Resolution 10/2014 to bring a solution to the uncertainty caused by the lack of a clear definition of 'associative agreements', its wording is vague, incomplete and confusing with regard to specific concepts, such as 'sharing of risks', 'sharing of profits and losses', 'interdependence relationship', 'exclusivity relationship', which could give rise to doubts as to whether or not a given agreement should be notified" (P. E. Lilla, E. V. Sang, "Technology Transfer Agreements as Associative Agreements Subject to Merger Control in Brazil", in *Overview of Competition Law in Brazil*, São Paulo, IBRAC/Singular, 2015, p. 201).

12. François Ewald *apud* Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 124.

realidade do mercado e nova dinâmica das relações contratuais entre os agentes.

É nesse cenário de cooperação como modelo integrativo no mercado contemporâneo que a discussão sobre a natureza jurídica e características dos contratos associativos se constrói. Nesse passo, dada a extrema afinidade entre eles, beirando à identidade, mostra-se de grande pertinência revisitar a conceituação macneiliana dos contratos relacionais.

3.1 Dos contratos relacionais

A teoria macneiliana do contrato relacional surgiu pela categorização do contrato em duas frentes nitidamente opostas, o contrato descontínuo e o contrato relacional. Este último ainda conta com uma separação entre as modalidades de relações contratuais primitivas e as modernas. Contudo, ater-se-á às primeiras, tanto por força de sua distinção mais claramente delineada em relação aos contratos descontínuos, como porque são, em regra geral, as mesmas características pelas quais podem-se definir as relações contratuais primitivas e modernas.

"O contrato descontínuo é aquele em que não existe relação entre as partes além da simples troca de bens".[13] A descontinuidade dessa modalidade contratual se revela apenas em um modelo teórico,[14] e assim o é "à medida que ele planeja uma transação separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas ou subsequentes. Cada ato contratual é considerado um ato isolado, independente e autônomo, pois que tem em si todos os seus elementos essenciais constitutivos".[15]

Percebe-se de antemão que o modelo descontínuo se aproxima à definição tradicionalista do direito contratual, como manifestação de vontades originando obrigações entre partes com interesses opostos, desde que respeitados os seus elementos constitutivos. A descontinuidade se reflete na relevância do ato isolado ou, nas palavras de Goldberg:[16]

> O contrato paradigmático da economia neoclássica e da análise jurídica é uma negociação descontínua na qual não existem deveres entre as partes antes da formação do contrato e na qual os deveres das partes são determinados na fase de formação.

O contrato relacional, por sua vez, pressupõe naturalmente um aparato social, seja ele primitivo ou moderno, pelo qual as partes contratantes levam em grande consideração o seu relacionamento proveniente da relação contratual. O contrato não é visto como ato estanque e isolado de qualquer fator externo, mas pelo contrário, como instrumento integrativo entre as partes e a própria sociedade ou mercado.

A diferenciação do contrato descontínuo e relacional, contudo, se reveste de maior clareza quando comparadas as suas características essenciais, a seguir sintetizadas.

Em primeiro lugar, o contrato relacional envolve relações primárias, ou seja, são relações em que a pessoa com quem se relaciona é fator influente. A qualidade, personalidade e a própria singularidade ou identidade da parte contratante são consideradas na relação contratual,[17] na qual, em boa medida, a

13. Ian R. Macneil, *O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 10.

14. Como já esclareceu Macneil (*O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*, cit., pp. 10-12), todo contrato envolve relações além da própria troca de bens, tanto porque a própria execução do contrato deve estar amparada em um suporte social que lhe dê efetividade (no caso do modelo teórico, Macneil o chama de deus externo). A discussão ainda se reveste de relevância, mesmo que de efeitos práticos mitigados, tendo em vista que a teoria do contrato descontínuo se espelha identicamente ao modelo teórico tanto da microeconomia neoclássica (v. nota 6), quanto da consequente teoria contratualista clássica.

15. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 89.

16. Cf. Goldberg (1976), p. 49, *apud* Ian R. Macneil, *O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*, cit., p. 10.

17. Nas palavras de Macneil (*O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Moder-*

satisfação proveniente se dá em caráter não econômico (benefícios não apenas econômicos e/ou monetizados).[18]

Por outro lado, a relação descontínua abarca relações não primárias, marcadas pela impessoalidade, característica bastante condizente com a limitação da satisfação esperada apenas e tão somente à troca econômica estrita. Nesse diapasão, a qualidade da contraparte pouco importa, mas tão somente a sua contraprestação econômica, muitas vezes representada por bem ou serviço profuso no mercado, facilmente transferível.

Em segundo lugar, o contrato descontínuo apresenta número restrito de participantes, em regra apenas duas partes amparadas pela barganha, enquanto o relacional pode apresentar número muito maior de participantes da relação. As relações modernas, por exemplo, apresentam um sistema de hierarquização pela qual todos se conectam, em um "mundo sem superiores".[19]

Outro fator que se apresenta na diferenciação entre os contratos descontínuos e relacionais se refere à possibilidade de se mensurar e especificar as obrigações. No modelo descontínuo, os objetos da troca são atentamente mensurados e especificados – são eles a mercadoria com valor de mercado monetário e o valor em pecúnia. No modelo relacional, por sua vez, as trocas mais relevantes se referem à própria relação entre as partes, incomensurável em termos de valor de mercado. Em palavras claras, os contratos relacionais "podem envolver a troca de valores não monetizáveis ou, ao menos, não tão facilmente conversíveis em dinheiro".[20] Neles "há uma certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro. Afinal, não se sabe exatamente o que as partes obterão durante e ao término da relação contratual",[21] muitas vezes de longa duração.

O quarto elemento de diferenciação entre as negociações descontínuas e relacionais se refere à solidariedade contratual. Em um contexto de descontinuidade da negociação, sendo esta pontual e isolada, não há solidariedade entre as partes contratantes além dos ganhos imediatos da permuta. Nesse cenário imediatista e estanque, os participantes da negociação buscam maximizar as vantagens individuais ao seu bel-prazer, sem envolvimento social, enquanto, no modelo relacional, a solidariedade entre as partes se faz presente, seja pelo "fato de a sociedade interpenetrar toda a troca",[22] seja pelo fato de que, em termos mais pragmáticos, "a especialização dentro de uma relação contínua (...) cria uma interdependência entre as partes".[23]

Ainda em análise comparativa, percebe-se que os contratos descontínuos, por sua própria natureza, apresentam planejamento completo das contingências e variáveis da negociação, tendo em vista o recorte isolado das circunstâncias negociais. Nesse cenário, o processo temporal da contratação descontínua (início, vigência e término) é revestido pela brevidade e clara definição, permitidos por força das obrigações isoladas e estanques.

Por sua vez, os contratos relacionais se caracterizam pela impossibilidade de demar-

nas, cit., p. 12), "envolvem a pessoa por inteiro, são ilimitadas em âmbito, são únicas e são intransferíveis". Maior exemplo de relação primária talvez seja as obrigações personalíssimas.

18. Ian R. Macneil, *O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*, cit., p. 12; e Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 128.

19. Ian R. Macneil, *O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*, cit., cap. 3, "Direito Contratual Relacional, Um mundo sem superiores", pp. 76 e ss.

20. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 130.

21. Idem, ibidem, p. 131.

22. Ian R. Macneil, *O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*, cit., pp. 13-14.

23. Idem, ibidem, p. 14.

cação precisa de sua vigência e apresentam uma perspectiva de longa duração,[24] o que impede o planejamento completo e definitivo das possíveis contingências futuras no momento da contratação, motivo pelo qual o planejamento entre as partes se faz necessário, não apenas na fase negocial, mas própria e precipuamente durante a vigência do contrato relacional:

> O planejamento vai assumindo um caráter menos substantivo e mais processual ou constitucional, à medida que passa a regular a forma pela qual a revisão e reformulação do planejamento vai se operar. Neste caso, os termos contratuais passam a definir menos as regras para o fornecimento do produto ou do serviço, e mais as regras processuais que pela própria regulação sobre o fornecimento serão definidas.[25] O objeto do contrato relacional aproxima-se, assim, de uma 'miniconstituição' ou estatuto de uma sociedade ou clube, que estabelece regras para a resolução de conflitos e reformulação do planejamento.[26]

Por tratar-se de relações que se protraem no tempo, os contratos relacionais agregam imprevisibilidade à negociação, gerando maior necessidade de cooperação[27] entre as partes contratantes, "não apenas para o cumprimento do que foi firmado, mas também para o planejamento extensivo de atividades substantivas da relação".[28]

Disso se extraem pontos essenciais do âmago do contrato relacional: seja pelo caráter primário da relação contratual, na qual os participantes se envolvem socialmente em busca de satisfação de caráter não exclusivamente econômico, seja pela sua prostração no tempo, agregando imprevisibilidade e incompletude à contratação, seja pela solidariedade e interdependência entre as partes contratantes por força da especialização de papéis durante a relação contínua, seja também pela unidade[29] dos interesses conjugados em torno de um objetivo comum, ou seja ainda pela maior comunicação e confiança entre as partes integrantes de uma relação primária propriamente dita, todos os elementos anteriormente citados convergem para que os contratos relacionais possuam como motor basilar a cooperação[30] mútua entre os seus participantes.

24. Nas palavras de Macneil (*O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*, cit., p. 15), "A própria relação não tem começo nem fim (...). Evidentemente trocas específicas permearão essas relações complexas, mas já que são sempre profundamente incrustradas na relação, nunca gozarão das características descontínuas como o rápido para entrar, rápido para sair".

25. Nesse sentido, o planejamento e propriamente a cooperação como dever principal se coadunam com a definição de *cooperação qualificada* proposta pela Conselheira Ana Frazão, conforme detalhado ao final do presente artigo.

26. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 133.

27. Ronaldo Porto Macedo Jr. (*Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 140) define cooperação como o ato de "associar-se com outro para benefício mútuo ou para divisão mútua dos ônus", sublinhando o caráter central da mutualidade. Para se elucidar a questão, compara a cooperação à simbiose – são efetivamente benefícios mútuos adicionados a interesses diferentes/paralelos (não estritamente opostos) cuja efetividade de cada interesse não anula a efetividade do outro.

28. Idem, ibidem, p. 136.

29. Macneil (*O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*, cit., pp. 17-19) explica o seu conceito de unidade como "A questão é o quanto os participantes veem seus interesses individuais como coincidentes com os interesses da relação total. Isso envolve interdependência no sentido de perceber o interesse egoísta como satisfeito através do interesse de outros participantes, ou no sentido psicológico último, de não ver nenhuma diferença entre interesse egoísta e o interesse dos outros participantes".

30. Condizentemente, Calixto Salomão Filho chega à conclusão de que "Três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada entre os agentes" (Calixto Salomão Filho, "Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato", *RDM* 141/13, cit.). Do mesmo modo, Douglass North já afirmava: "Normalmente observamos comportamento cooperativo quando os indivíduos interagem repetidamente, possuem boa quantidade de informações sobre a contraparte, e quanto o grupo é composto de reduzido número de indivíduos" (Douglas North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, "Political Economy of Institutions and Decisions", Cambridge University Press, 1990, p. 12).

> Ora, os contratos relacionais, à medida que questionam os pressupostos microeconômicos neoclássicos do *Homo Economicus*, apontam para uma dimensão não acessória, mas sim central, do princípio jurídico da cooperação. Conforme visto, a estratégia de cooperação em muitos casos de contratação relacional constitui-se na obrigação principal,[31] porquanto os elementos de preço, quantidade, prazo de entrega etc., deixam de ser perfeitamente definíveis *a priori*.[32]

Por fim, mas não menos importante, a ideia de cooperação mútua liga-se intrinsicamente ao compartilhamento de ônus e benefícios. Enquanto em uma negociação descontínua ônus e benefícios de cada objeto da negociação são transferidos integralmente de uma parte a outra, juntamente à propriedade do bem, no modelo relacional os ônus e benefícios resultantes da relação contratual são mutuamente compartilhados.[33] Percebe-se nos contratos relacionais, portanto, uma *interdependência entre áleas distintas*.[34]

3.2 Dos contratos de colaboração

Em consonância com o quanto exposto acima, percebe-se ainda o gradativo delineamento da figura dos *contratos de colaboração*[35] entre empresas, como nova praxe negocial no mercado. A título elucidativo, e de inegável clareza didática, expõe-se a classificação dos contratos em duas modalidades, os contratos de intercâmbio e contratos de sociedades comerciais.

Não seria a categorização revestida de novidade, mas sim o modo como se ilustra a posição dos *contratos de colaboração* entre as duas categorias. A bipartição já havia sido lançada pela ótica macneiliana, sendo modelo exemplar de descontinuidade o contrato de intercâmbio, enquanto "os contratos relacionais aproximam-se mais da estrutura dos contratos de sociedade do que dos contratos de compra e venda".[36] Não bastasse, nas palavras de Jhering:[37]

> Na associação o egoísmo não desempenha o mesmo papel que nos contratos de troca. Aqui os dois contratantes têm interesses diametralmente opostos: se a venda é favorável para o comprador, é em detrimento do vendedor, e vice-versa. Seu dano, meu benefício, é a divisa de todos os contratos. Ninguém pode querer mal aos outros por zelarem somente os seus interesses. Assim não acontece na associação: o interesse particular e o de outrem caminham a par; se um dos associados foi lesado, também o outro o foi por igual; do mesmo modo o lucro de um é do outro. A ideia de solidariedade dos interesses deve guiar as duas partes na celebração do contrato de sociedade. Se uma delas, em vez de trabalhar pelo lucro comum, só procura o seu interesse, destrói a própria essência da instituição.[38]

A bipartição é marcada pela definição dos dois polos extremos – de um lado o contrato de intercâmbio, onde se percebe a contraposição de interesses, e de outro o contrato de sociedades mercantis, nos quais há não apenas a convergência e solidariedade de interesses em prol do objetivo comum,

31. Novamente retomamos a definição de *cooperação qualificada*, proposta pela Conselheira Ana Frazão.

32. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 153.

33. Macneil exemplifica a distinção citando a relação empregatícia de um lado, na qual o salário e a carga horária do empregado se apresentam como benefícios e ônus bem divididos, e a relação entre sócios do outro, na qual os riscos são compartilhados (Ian R. Macneil, *O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*, cit., p. 25).

34. Paula A. Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, São Paulo, Ed. RT, 2015, p. 193.

35. Idem, ibidem.

36. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 138.

37. Jhering, *A Evolução do Direito*, pp. 192 e ss., *apud* Paula A. Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., p. 179.

38. Claramente a visão maniqueísta do trecho recortado se relaciona à teoria contratualista tradicional, tanto no que se refere ao seu viés econômico quanto jurídico.

mas também a mutualidade e compartilhamento de esforços e recursos, ou, em outras palavras, dos benefícios e ônus inerentes à operação econômica instrumentalizada por meio do contrato de sociedade.[39]

A qualificação da sociedade mercantil conglomera três elementos essenciais, quais sejam, "(i) fim comum; (ii) contribuições dos sócios; e (iii) *affectio societatis*, esta última identificada como a vontade de suportar áleas comuns, arcando todos os sócios com as eventuais perdas decorrentes da atividade e pertencendo o lucro a todos".[40]

A partir de todo o aparato teórico levantado até aqui, delineiam-se claramente os dois extremos de uma mesma figura jurídica: de um lado o contrato de intercâmbio, representante do modelo descontínuo de contratação; de outro, o contrato de sociedade mercantil, símbolo máximo do modelo relacional macneiliano. Dentre os dois extremos, exatamente no limbo entre a bipartição, residem mais *modalidades híbridas*,[41] conjugando atributos pertinentes aos dois polos:

> Dispuséssemos as formas jurídicas das relações entre empresas ao longo de uma linha imaginária, teríamos, em um extremo, os contratos de intercâmbio e, no outro, as sociedades. No entremeio, os mais variados tipos de contratos híbridos, que conjugam o elemento de intercâmbio com o de colaboração. Quanto mais próximo o contrato híbrido estiver daquele de intercâmbio, maior o grau de independência das partes e menor a colaboração entre elas. Ao nos deslocarmos paulatinamente na direção das sociedades, maior será o grau de estabilidade do vínculo e da colaboração.[42]

Retomando-se a qualificação das sociedades mercantis, permeada pelos seus três elementos essenciais, pode-se dizer que o contrato colaborativo ou relacional não societário apresenta em seu âmago os dois primeiros, *fim comum* e *contribuições dos participantes* da relação contratual.[43] Depreende-se, portanto, que os contratos colaborativos ou relacionais se bifurcam em societários ou não societários pela presença do *affectio societatis*, ou mais especificamente, pela identidade das áleas.

Nesse diapasão, os contratos colaborativos/relacionais societários se definem pela partilha, entre os sócios, das áleas da operação econômica (áleas comuns), enquanto nos contratos colaborativos/relacionais não societários as áleas suportadas pelas partes contratantes são interdependentes, se interpenetram, mas não são comuns.[44]

Para se exemplificar a distinção, Forgioni se ampara nos contratos de distribuição:[45]

> Claramente, as atividades e as áleas da fornecedora e da distribuidora são interdependentes: quanto maiores as vendas ao consumidor final, maiores os proveitos para ambas. No entanto, a fornecedora obtém seu lucro da alienação à distribuidora e esta, por sua vez, das vendas aos consumidores finais. Manter-se-ão apartados seus custos, fontes de receitas, patrimônios e obrigações. Ou seja, as atividades, as áleas, os lucros e os prejuízos de ambas são interdependentes, mas não comuns.

As demais características dos contratos relacionais afluem para os elementos do contrato colaborativo empresarial: tendem a

39. "Como se percebe, o elemento da colaboração, da reunião de esforços, sempre marcou as sociedades, bem assim a ideia de que os riscos, as áleas do empreendimento cabem e seriam suportados por todos os sócios" (Paula A. Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., p. 183).

40. Idem, ibidem, pp. 182-183.

41. Idem, ibidem, p. 200.

42. Idem, ibidem, p. 195.

43. Como vimos, tem-se nos contratos relacionais o senso de unidade dos interesses conjugados em torno de um objetivo comum, bem como o compartilhamento de ônus e benefícios da relação, advinda do caráter cooperativo do contrato, que por sua vez remonta às demais qualidades do negócio jurídico relacional (relação primária, confiança, longa duração, incompletude, solidariedade e interdependência).

44. Paula A. Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., p. 197.

45. Idem, ibidem, p. 194.

se estender no tempo, disciplinam questões futuras, na busca pelo balizamento da relação entre as partes, possuem postura cooperativa, dentre outros já mencionados.

A lógica cooperativa natural dos contratos colaborativos empresariais exsurge não apenas dos fatores relacionais macneilianos, mas também por circunstâncias estratégicas de atuação dos agentes no mercado. A interdependência entre os contratantes, explicada por Macneil por meio da especialização de papéis e solidariedade entre as partes, assume uma vertente pragmática quando aquela se mostra derivada da alta amonta de investimentos arcados pelas partes contratantes para a consecução do contrato relacional, os quais, em uma relação primária e intransferível, não poderão ser aproveitados para além da operação para a qual foram destinados.[46]

Do mesmo modo, dado o grau de especialização do mercado e a continuidade das relações contratuais, a cooperação muitas vezes se mostra, aos olhos do empreendedor, mais vantajosa em comparação ao comportamento oportunista. Não apenas porque a deslealdade fulminaria por completo a índole cooperativa, a confiança entre as partes contratantes e consequentemente possibilidade de cooperação futura, elementos essenciais para a sobrevivência nos novos moldes do mercado moderno,[47] mas também porque os próprios agentes do mercado policiam-se na medida do possível, de forma a retaliar o contratante desleal, denegrindo-lhe a imagem perante os seus iguais.[48]

> Nos contratos de longa duração, as partes estão cientes de que o comportamento oportunista pode quebrar a confiança entre elas e, assim, gerar perdas futuras. Há uma "expectativa de reciprocidade" ou de 'interação contínua'. A cooperação é mantida porque cada empresa compara o ganho imediato do comportamento oportunista com as possíveis perdas causadas pela deslealdade. "(...) promessas quebradas no presente diminuirão a possibilidade de cooperação no futuro'. 'Assim, a interação incrementa as perspectivas de cooperação encorajando estratégias de reciprocidade". "(...) longos horizontes de tempo, interações frequentes e alta transparência comportamental" encorajam o bom comportamento recíproco.[49]

Ante o exposto, percebe-se que os elementos levantados durante a definição dos contratos empresariais de colaboração não destoam da discussão macneiliana sobre contratos relacionais, muito pelo contrário, há uma identidade de seus elementos caracterizadores. O ponto central da presente seção reside no delineamento preciso de dois polos extremos, os contratos de intercâmbio e de sociedade, para então se enxergar com mais clareza a posição e a própria existência dos contratos colaborativos: são eles modelos híbridos, fixados precisamente entre os dois extremos.

De fato, em qualquer ponto da linha categórica que se encontre além dos contratos de intercâmbio e aquém dos contratos de sociedade, têm-se o *híbrido* representado pelos contratos colaborativos. Resta saber, casuisticamente, quão cooperativa se mostra a relação contratual, quão próximo o contrato se encontra dos últimos degraus, os que precedem o modelo societário.

46. "(...) dependência recíproca derivada de investimentos específicos (idiossincráticos) e relevantes feitos por ambas as partes para a realização do contrato – e que não poderão ser alocados para outro negócio (*sunk costs*)" (Paula A. Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., p. 197).

47. Relembrando-se os paradigmas schumpeterianos e da especialização flexível.

48. "Assim, regras bem elaboradas, que criem um ambiente cooperativo, acabam sendo cumpridas e seu descumprimento é controlado e policiado pelos próprios participantes da relação. É exatamente em função desse autocumprimento de normas que é possível afirmar que, em presença de valores e instituições que permitam a cooperação, essa surge naturalmente" (Calixto Salomão Filho, "Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato", *RDM* 141/13, cit.).

49. Robson Antonio Grassi, *Williamson e "formas híbridas": uma proposta de redefinição do debate*, p. 57, *apud* Paula A. Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., p. 198.

3.3 Conclusão conceitual: dos contratos associativos não societários

Em regra geral, a denominação *contratos ou negócios jurídicos associativos* são relacionados, pela doutrina, aos contratos de sociedade,[50] como associação de pessoas. Nada obstante, natural que a atual legislação de defesa da concorrência não esteja se referindo aos contratos associativos societários, dado que as operações envolvendo sociedades de pessoas estão previstas nos demais incisos do art. 90 da Lei 12.529/2011.

Nesse sentido, e em consonância com a natureza gradual do caráter associativo/relacional dos contratos, basta delimitar o objeto de discussão aos contratos associativos não societários, conforme revisitado acima.

Frente à atual redação das regras de defesa de concorrência, a doutrina brasileira já intentou desde cedo delinear minimamente a definição do termo, apresentando-se inclusive como um dos primeiros embasamentos teóricos utilizados pelo Conselho:

> Negócios Jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas, sem constituir consórcio formal nos termos do art. 278 da Lei Societária, associam-se para realizar o empreendimento acordado, normalmente atividade empresarial que visa ao lucro. Não perdem a autonomia dos centros decisórios, mas têm sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para a consecução de escopo comum.[51]

No cenário internacional, muito já se foi discutido sobre o assunto, nas mais variadas percepções. Neste passo, vale ressaltar importantes ensinamentos de um dos mais conceituados contratualistas:

> Os contratos do gênero do último indicado definem-se como contratos associativos, e contrapõem-se aos contratos de troca (ou sinalagmáticos, ou de prestação correspectiva), nos quais aquilo que uma parte dá ou promete à outra parte encontra a sua contrapartida imediata e definitiva naquilo que a outra parte lhe dá ou lhe promete a si, esgotando assim a sua função na troca recíproca de bens ou de serviços; também nos contratos associativos, as partes obrigam-se umas em relação às outras, mas os deveres e as atribuições de cada uma surgem em razão do escopo comum em função da organização comum que assim geralmente se cria com características de relativa estabilidade e duração.[52]

Nesse diapasão, basta delimitar o caráter não societário do contrato objeto de análise para se concluir que os *contratos associativos não societários* se amoldam com extrema identidade aos contratos relacionais ou de colaboração empresarial.[53]

Pouco ou nada se altera no enquadramento esculpido até o momento: os *contratos associativos não societários* se qualificam como (i) *negócios jurídicos* (ii) *bi ou plurilaterais*, marcados por (iii) *relações primárias* (iv) *de longa duração* e (v) *interdependentes* pela especialização de papéis dos participantes, cuja (vi) imprevisibilidade e *incompletude* inerente à prostração no tempo exigem um (vii) *caráter cooperativo* essencial para a manutenção da relação contratual durante a persecução do (viii) *interesse comum*, havendo, por fim, um compartilhamento de ônus e benefícios da operação econômica, o que se traduz em (ix) áleas interdependentes, mas (x) *não comuns*[54] entre os contratantes.

Resta saber se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE mantém interpretação condizente com o conceito

50. Cf. Ferro-Luzzi, *Il Contratti Associativi*; Tullio Ascarelli, *O Contrato Plurilateral*; Anna Luiza Duarte Maiello, *Aspectos Fundamentais do Negócio Jurídico Associativo*.

51. Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 397.

52. Enzo Roppo, *O Contrato*, Almedina, 2009, p. 83.

53. Forgioni chega mesmo a se utilizar dos termos como sinônimos (Paula A. Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., pp. 195-196).

54. Este último elemento é o definidor do caráter societário do contrato associativo. Em não havendo identidade das áleas, não há *affectio societatis*.

insculpido na atual Lei de Defesa da Concorrência.

4. Da análise jurisprudencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Pela análise de suas recentes decisões, percebe-se que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE tem constantemente se deparado com questionamentos acerca do efetivo alcance do inciso IV do art. 90 da atual Lei Federal 12.529/2011. Muitas são as decisões que pouco aprofundaram a definição do termo "contrato associativo", cunhado pela legislação ora vigente, mas, por outro lado, algumas delas foram definitivamente essenciais para se delinear o entendimento desposado pelo Conselho sobre o tema.

A discussão encerra-se, via de regra, na análise do conhecimento ou não conhecimento da operação, dado que, tratando-se de pressuposto de admissibilidade que antecede o julgamento de mérito, a própria subsunção do contrato à hipótese prevista no inciso IV do art. 90 da atual Lei Antitruste define não apenas quais os contratos que devem ser notificados para análise prévia, mas precipuamente quais deles teriam cunho associativo, sob a perspectiva do Conselho.

A ampla maioria dos contratos discutidos pelo Conselho tem como escopo o fornecimento de produtos/insumos ou o licenciamento de tecnologia. Não só, os mais relevantes entendimentos desposados pelo Conselho foram consolidados em análises de ato de concentração envolvendo licenciamento de biotecnologia, precipuamente os processos (i) ns. 08012.002870/2012-38,08012.006706/2012-08,08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01, todos julgados concomitantemente, e (ii) processo n. 08700.004957/2013-72, motivo pelo qual serão analisados mais detidamente em outro subitem.

Antes de se adentrar o mérito propriamente dito, apresenta-se abaixo um histórico dos contratos apresentados e analisados pelo Conselho, sublinhando-se os comentários pertinentes ao tema.

4.1 Dos contratos conhecidos pelo CADE

Dos contratos analisados e conhecidos pelo Conselho, a ampla maioria foi amparada por decisões lacônicas que se limitaram a fundamentar o conhecimento da operação com base nos critérios de faturamento das partes envolvidas, seja durante a vigência da antiga Lei 8.884/1994, respaldado em seu art. 54, § 3º, ou após a promulgação do novo critério insculpido nos incisos I e II do art. 88 da Lei Federal 12.529/2011.

Não só as operações foram conhecidas sem contar com análise mais aprofundada, como também foram, em sua ampla maioria, aprovadas sem restrições pelo Conselho.

Um quadro sintético do histórico de conhecimento de operações envolvendo contratos associativos pode ser construído do seguinte modo, excluindo-se propositadamente os processos que serão mais detidamente analisados no item 4.3 abaixo:

Processo	Contrato	Conhecimento	Aprovação
08012.006367/2009-56	Fornecimento	Faturamento	sem restrições
08012.009264/2011-62	Fornecimento	Faturamento	sem restrições
08012.008566/2011-13	Copromoção	Faturamento	sem restrições
08012.004404/2011-14	Locação	Faturamento	sem restrições

Processo	Contrato	Conhecimento	Aprovação
08700.004047/2012-17	Fornecimento	Faturamento	sem restrições
0801206539/2012-97	Fornecimento	Faturamento	sem restrições
08700.004202/2012-97	Industrialização	Faturamento	sem restrições
08012.000563/2012-12	Arrendamento	Faturamento	sem restrições
08012.005575/2012-33	Distribuição	Faturamento	restrições[55]
08012.001302/2012-10	Distribuição	Faturamento	sem restrições
08700.008736/2012-92	Parceria	Caráter Associativo	n/a
08700.010858/2012-49	Cooperação	Faturamento	sem restrições

Dos processos acima listados, com exceção de dois abaixo destacados, cujo teor apresenta comentários de relevância para a presente discussão, todos os demais se limitaram a aplicar o critério de faturamento para o conhecimento da operação.

Primeiramente, importa notar que o voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo nos autos do Ato de Concentração n. 08012.006367/2009-56 já sublinhava a construção de entendimento jurisprudencial desposado pelo Conselho àquela época, qual seja,

> do conhecimento da operação que tratar de contrato de fornecimento, desde que apresentem riscos à concorrência, ou seja, que envolvam, por exemplo, direito de uso de ativos relevantes, contenham cláusulas de exclusividade quanto ao uso desses ativos, o que dependerá ainda de seu prazo, da estrutura de mercado em que o contrato é firmado, do poder de mercado exercido pelos agentes envolvidos etc.

Ademais, em seu parecer n. 394/2012 exarado nos autos do ato de concentração n. 08700.008736/2012-92, o ProCADE não se limitou a aplicar os critérios de faturamento presentes nos incisos I e II do art. 88 da Lei Antitruste, mas examinou efetivamente, ainda que de maneira superficial, "se o negócio jurídico a ser celebrado entre elas se enquadraria em um dos tipos de atos de concentração enumerados no art. 90", referindo-se precipuamente ao inciso IV do mesmo dispositivo legal.

Ao reconhecer a ausência de definição legal da expressão *contratos associativos*, a Procuradoria Federal Especializada se respaldou em breve conceituação doutrinária[56] para então reconhecer a preocupação antitruste para com negócios jurídicos que refletem o "estabelecimento de uma relação entre empresas, que não obstante possam manter sua autonomia jurídica e econômica, irão, em conjunto, desenvolver uma atividade econômica",[57] nas seguintes palavras:

> Deve-se reconhecer que essas associações entre empresas, voltadas para o desenvolvimento de uma atividade econômica, são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, devem ser objeto da preocupação antitruste, tendo em vista que proporcionam, em regra, o compartilhamento de informações e/ou de infraestrutura, que pode terminar por alterar o comportamento das partes no mercado de

55. Aprovação condicionada à adequação da cláusula de não concorrência.

56. Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 5ª ed., cit., p. 397.

57. Parecer n. 394/2012, ProCADE, Ato de Concentração n. 08700.008736/2012-92.

> atuação ou interferir no relacionamento das partes com terceiros tais como clientes, concorrentes, fornecedores. Portanto, mesmo não envolvendo aquisição de participação societária, o contrato associativo, em tese, pode propiciar o abuso do poder econômico dos seus figurantes e, portanto, deve ser submetido à prévia análise do CADE, uma vez preenchidos os critérios dos incisos I e II do art. 88.

Nesse cenário, ao menos no que tange aos contratos acima listados, nada ou muito pouco foi debatido sobre a qualificação de um contrato como associativo, ao teor da Lei Antitruste brasileira.

4.2 Dos contratos não conhecidos pelo CADE

Percebe-se, portanto, que os contratos potencialmente associativos foram, em regra, conhecidos pelo Conselho, ainda que ausentes cláusulas potencialmente restritivas, como cláusulas de exclusividade[58] ou de transferência de ativos, embasando-se o conhecimento da operação unicamente pelos critérios de faturamento presentes no § 3º, inciso 54 da antiga Lei 8.884/1994 e incisos I e II do art. 88 da Lei Antitruste.

Ocorre que a discussão mais aprofundada sobre o conhecimento da operação envolvendo contratos e, consequentemente, sobre a subsunção de certos contratos à hipótese associativa prevista pela legislação, não deixou de se fazer presente, ainda que tangencialmente.

Em 2005, embora prevalecendo posição divergente, o Conselheiro Relator do Ato de Concentração n. 08012.011058/2005-74, Paulo Furquim, salientou a necessidade de mudanças substanciais no controle de ativos relevantes à concorrência ou de restrições verticais relevantes à concorrência, como transferência de direitos de uso de ativos ou cláusulas de exclusividade, para que um contrato de fornecimento se qualifique como ato de concentração.[59]

Em 2007, o Conselho novamente apreciou a necessidade de notificação de contrato de fornecimento celebrado entre concorrentes, opinando pelo não conhecimento de contratos cujo teor não previa cláusulas de exclusividade, dado que, ausentes estas, o negócio jurídico não engendraria cooperação entre as partes, tampouco concentração econômica.[60]

Note-se que, no caso acima, o Conselheiro Relator teceu considerações sobre a regulamentação no cenário internacional,

58. A cláusula de venda/fornecimento de volume mínimo foi equiparada à cláusula de exclusividade pelo Conselho. Voto vogal Fernando de Magalhães Furlan, n. 08700.003674/2007-65.

59. "Note-se que é admissível que um contrato de fornecimento possa ser qualificado como um ato de concentração, se dele decorrem mudanças substanciais no controle de ativos relevantes à concorrência, bem como nos incentivos para o seu uso. (...) Se em um contrato de fornecimento for acompanhado de restrições verticais relevantes à concorrência – como, por exemplo, a transferência de direito de uso de ativos relevantes ou cláusulas de exclusividade que restringem o direito de decisão sobre o uso desses ativos – tal contrato pode constituir um ato que tenha o efeito de 'limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência', sendo, portanto, de notificação obrigatória" (Voto Conselheiro Relator Paulo Furquim, Ato de Concentração n. 08012.011058/2005-74).

60. "Contratos de fornecimento não se enquadram na definição doutrinária de cooperação econômica, porém. A relação contratual – e não concentração – entre concorrentes, mais adequada a casuística, não gera, *a priori*, preocupação quanto aos incentivos à colusão da operação. (...) Contratos de fornecimento celebrados entre concorrentes e que não estejam onerados por cláusulas de exclusividade não são de submissão obrigatória porquanto, ao não ensejarem riscos à ordem econômica, em especial pelo fechamento de mercados (*foreclosure*), não se enquadram no *caput* do art. 54 da Lei 8.884/1994. Não obstante, ao materializarem relações implementadas no curso ordinário dos negócios, mantendo intacta a unicidade das partes, e por não constituírem, *per se*, instrumento ou incentivo à colusão, afastam-se, igualmente, da definição de atos de concentração, não se subsumindo na hipótese prevista no art. 54, § 3º da Lei Concorrencial" (Voto Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado, Ato de Concentração n. 08700.003674/2007-65).

tomando como base precipuamente o sistema regulatório dos Estados Unidos e da União Europeia:

> De acordo com legislação em vigor nos Estados Unidos, o caso em pauta se subsumiria ao item (c) (1) do Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976 ('HSR') ou ao 16 CFR, § 802.1(c), (1) e (3), que trata da isenção de notificação em casos de aquisição de bens e mercadorias no curso normal dos negócios. Antes, o paradigmático sistema norte-americano prescinde da notificação em casos nos quais não haja significativa troca de ativos entre os agentes. O HSR demanda que seja dada ciência aos órgãos da concorrência apenas em casos de fusões e aquisições. Nesse mesmo sentido se apresenta o entendimento habitualmente externado pelo Premerger Notification Office ('PNO') da Federal Trade Commision ('FTC') em suas respostas informais.
>
> O tratamento dispensado a acordos dessa natureza não é unânime na jurisprudência comparada. Richard Whish, em seu *Competition Law*, alerta que, de acordo com os regramentos da União Europeia, acordos verticais entre concorrentes devem ser analisados sob as Guidelines on Vertical Restraints, Regulation 2790/99 e Horizontal Guidelines. Ou seja, seus efeitos devem ser estudados seja sob a ótica das concentrações horizontais, seja sob o prisma das restrições verticais. Observo, ainda, que, nos termos da Commission Regulation (EC) n. 2790/1999 de 22.12.1999, acordos verticais entre dois entes não concorrentes não seriam considerados práticas anticoncorrenciais.
>
> Os acordos verticais entre concorrentes, por sua vez, encontram-se disciplinados pelo artigo 2(4) desse mesmo instrumento legal, devidamente elucidado pelas Guidelines on Vertical Restraints do órgão concorrencial europeu.[61]

Embora se tenha decidido pelo não conhecimento da operação, a decisão do Conselho não foi obtida por unanimidade, muito pelo contrário. Pelo não conhecimento, votaram o Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado, seguido pelo Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo.[62] Por outro lado, os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva[63]

61. Voto Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado, Ato de Concentração n. 08700.003674/2007-65.

62. Em consonância com seu entendimento já desposado em outra oportunidade, o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo asseverou que apenas seria "admissível que um contrato de fornecimento possa ser qualificado como um ato de concentração, se dele decorrem mudanças substanciais no controle de ativos relevantes à concorrência, bem como nos incentivos para o seu uso. (...) Se em um contrato de fornecimento for acompanhado de restrições verticais relevantes à concorrência – como, por exemplo, a transferência de direito de uso de ativos relevantes ou cláusulas de exclusividade que restringem o direito de decisão sobre o uso desses ativos – tal contrato pode constituir um ato que tenha o efeito de limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, sendo, portanto, de notificação obrigatória. Tampouco poderia o contrato de fornecimento, enquanto transferência de produtos e serviços que não comprometam o controle sobre o uso concorrencial de ativos, implicar potencial lesivo à concorrência, mesmo se for estabelecido entre empresas concorrentes em mercados cuja estrutura de mercado seja propícia à concorrência de condutas anticompetitivas. A conduta potencialmente prejudicial à concorrência não é a venda, algo esperado e desejado no exercício da atividade produtiva, mas a recusa de venda, que pode ter a finalidade de fechamento de mercado ou, mais genericamente, elevação do custo de rivais. Nesse sentido, o contrato de fornecimento é a evidência de não-recusa de venda, esta sim uma possível conduta anticompetitiva. A não-venda é o problema estrutural que pode ser derivado de um contrato de fornecimento com exclusividade, que, conforme já afirmado, transfere o direito de excluir concorrentes do acesso aos frutos do conjunto de ativos sobre o qual incide a exclusividade. Não é, portanto, a sua natureza de fornecimento que confere potencial lesivo a este tipo de contrato, mas o fato de afetar estruturalmente direitos concorrencialmente relevantes sobre ativos, com o direito de recusar venda".

63. O Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva salientou que "a potencial lesividade do contrato de fornecimento só pode ser determinada após a análise do conteúdo do contrato, pois não há dúvida de que o *caput* do art. 54, redigido de maneira propositalmente vaga pelo legislador, exige que o aplicador do direito emita um juízo sobre a potencial lesividade da operação previamente a seu conhecimento. Esse juízo é necessariamente casuístico, formulado caso a caso de acordo com as características do ato notificado, já que é impossível estabelecer uma tipologia cerrada de todos os atos que não possam a priori limitar ou prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes. Mais: esse juízo é prévio, mas não apriorístico, pois não se baseia em categorias abstratas, mas, ao revés, nas peculiaridades do caso".

e Fernando de Magalhães Furlan[64] votaram pela notificação obrigatória e conhecimento da operação, opinando pela necessidade de análise prévia e casuística do potencial de lesividade do contrato.

Ato contínuo, em 2008, o Conselho se posicionou unanimemente pela incompatibilidade entre o contrato de fornecimento e o conceito de concentração econômica.[65]

A partir de 2010, o Conselho prolatou importantes decisões, todas direcionadas à consolidação de seu entendimento jurisprudencial acerca dos critérios para o conhecimento de operações envolvendo contratos de fornecimento. A primeira delas nos autos do Ato de Concentração n. 08012.000182/2010-71, o Presidente Arthur Sanchez Badin levantou o histórico do posicionamento do Conselho sobre o assunto, para então concluir que (i) a grande maioria dos casos notificados envolvendo contratos de fornecimento são conhecidos e aprovados sem restrições, após trâmite pelo procedimento sumário, sendo que (ii) os poucos casos em que se entendeu pela aprovação com restrições, esta se deu tão somente em razão da inserção de cláusula de exclusividade no contrato.

Diante de tal cenário, delinearam-se os critérios objetivos para o exame prévio de admissibilidade da operação:

> A análise dos casos acima demonstra que contratos de fornecimento que (a) não impliquem transferência de direitos sobre ativos concorrencialmente relevantes, (b) não contenham cláusulas de exclusividade ou equivalentes de qualquer natureza capazes de restringir o direito de decisão sobre os ativos (produtos e serviços), (c) tenham prazo de vigência inferior a cinco anos (consideradas eventuais prorrogações), (d) contemplem a possibilidade de rescisão imediata sem ônus à parte requerente, (e) não representem a negociação de um volume de produtos superior ao percentual estabelecido no art. 54, § 3º, da lei n. 8.884/94, prescindem de notificação ao SBDC por não serem capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência ou deles resultar a dominação de bens e serviços.[66]

O entendimento acima desposado, incluindo a expressa menção dos critérios estabelecidos para o não conhecimento do contrato de fornecimento, foi repetido pelo Conselho nos Atos de Concentração ns. 08012.005367/2010-72, 08012.006493/2010-44 e 08012.003274/2012-75.

Importa notar que os critérios acima elencados se referem ao exame de admissibilidade da operação para controle preventivo. Nas palavras do Presidente Arthur Sanchez Badin, "nada impede, contudo, que tais atos sejam submetidos ao controle repressivo, desde que caracterizadas as hipóteses previstas nos arts. 20-21 da Lei 8.884/94".

4.3 Do posicionamento do CADE sobre contratos de licenciamento de biotecnologia

Uma das mais relevantes discussões travadas pelo Conselho sobre o tema se deu nos autos dos ACs ns. 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08700.003898/2012-34 e 08700.003937/2012-01, todos julgados conjuntamente pelo CADE, envolvendo operações relacionadas a contratos de

64. O Conselheiro asseverou que "os precedentes existentes não nos permitem concluir que o CADE considere pacificamente que contratos de fornecimento sem exclusividade não produzam efeitos anticompetitivos. (...) note-se que não é de todo inverossímil a possibilidade de, apesar de não exclusivo, um contrato de fornecimento poder dar margem ao abastecimento de volumes mínimos, gerando efeitos análogos aos da exclusividade".

65. Nas palavras do Conselheiro Relator Olavo Chinaglia, nos autos do Ato de Concentração n. 08012.010018.2008-58, "a operação em tela não é capaz de provocar qualquer dano ao ambiente competitivo, uma vez que não há transferência, compartilhamento, ou cessão de ativos tangíveis ou intangíveis a qualquer título, tampouco exsurge do avençado qualquer óbice contratual à livre negociação".

66. Voto do Presidente Arthur Sanchez Badin, Ato de Concentração n. 08012.000182/2010-71.

licenciamento celebrados entre a Monsanto e a Syngenta, a Don Mario, a Nidera e a Coodetec.

Iniciando-se a análise da operação, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo opinou pelo seu não conhecimento, seguido de imediato pelo voto do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, em sentido contrário. Ato contínuo, a Conselheira Ana Frazão emitiu voto paradigmático, de lucidez incontestável, opinando pelo não conhecimento da operação, seguido pelo voto do Conselheiro Elvino de Carvalho de Mendonça, também em sentido contrário. Nesse cenário de irresolução, o Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro emitiu cuidadoso voto,[67] direcionando finalmente a decisão do Conselho ao conhecimento da operação, inclusive com a retificação de voto da Conselheira Ana Frazão.[68]

Por tratar-se de votos de maior proximidade com o quanto discutido no presente artigo, limitar-se-á a exposição de considerações aos Conselheiros Marcos Paulo Veríssimo, Alessandro Octaviani, Elvino de Carvalho Mendonça e, precipuamente, com especial atenção, ao voto da Conselheira Ana Frazão, a seguir detalhados.

4.3.1 Do voto do conselheiro Alessandro Octaviani (pelo conhecimento)

Relator dos autos do AC n. 08012. 006706/2012-08, o Conselheiro Alessandro Octaviani votou cautelosamente pelo conhecimento da operação, com o intuito de zelar pelas estruturas concorrenciais do mercado.

Considerando a assimetria de informação existente entre os agentes do mercado e a autoridade reguladora, sustentou que o Conselho deveria se pautar por uma postura de humildade cognitiva, ressaltando que as hipóteses de não conhecimento de operações ou setores inteiros deveriam ser excepcionais, em consonância com a legislação, cujo teor outorgou enorme amplitude à competência do Conselho.

Em linhas gerais, delinearam-se então alguns critérios para o conhecimento de operações envolvendo contratos de licenciamento de tecnologia.[69] Não só, e ainda mais importante, o Relator foi além, contribuindo com diretrizes para a segurança jurídica do modelo regulatório.[70]

67. Voto este que acompanhou, em suas premissas, os votos dos Conselheiros Marcos Paulo Veríssimo e Ana Frazão, distanciando-lhes apenas em sua análise do caso concreto propriamente dito: nas contratações analisadas, o Conselheiro enxergou poder de influência e ingerência da licenciante sobre as atividades da licenciada, bem como restrições à atuação concorrencial independente das licenciadas, além da estruturação de empreendimento em comum, por meio de mecanismos de compensação e incentivos, o que extrapolaria em muito o que seria esperado de um contrato comutativo.

68. Que pouco ou nada alterou em seus pressupostos teóricos fundamentados no voto.

69. Em suas palavras: "(i) Dever primeiro da administração antitruste: proteger as condições de concorrência; (ii) Fronteiras do acúmulo de conhecimento e de capital trazem assimetria de informação praticamente intransponível e constantemente móvel entre os conglomerados multinacionais e as autoridades antitruste; (iii) Hipóteses de não-conhecimento em bloco podem ser verdadeiros 'cheques em branco', demandando ônus argumentativo muito maior, fundado em estatísticas consolidadas e estáveis, sobre a trajetória tecnológica e seus padrões de formação de estruturas; (iv) Dominação empresarial *ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra, podem ser ainda mais intensas nos setores de altíssima tecnologia; (v) Sem tais conjuntos de dados plenamente presentes, o dever da administração é proteger as condições de concorrência, optando, portanto, pelo não conhecimento das operações; (vi) Argumento de escassez de recursos da Administração, necessidade de cálculos com base estatística consolidada sobre a diminuição do bem-estar do consumidor com as opções do não-conhecimento e conhecimento".

70. Em suas palavras: "(i) Se a Lei não trouxe exceções de maneira expressa, quaisquer atos que possam ocasionar, sob quaisquer formas, concentrações, *devem ser submetidos*, respeitados os critérios de subsunção legais e gerais; (ii) *Decisões pelo não-conhecimento são a exceção*, jamais a regra, dada a assimetria de informações entre o mercado e a autoridade; (iii) A autoridade deve se pautar pela postura de '*humildade cognitiva*', assumindo que não sabe, e não pressupondo que sabe; (iv) 'cheques em branco em bloco' para *setores não estão contidos na Lei de Defesa da Concorrência*, ainda que haja 'não-exclusividade'; (v) *Setores de alta*

4.3.2 Do voto do conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça (pelo conhecimento)

Acompanhando o entendimento do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani, o Conselheiro Elvino Mendonça teceu considerações sobre modalidade de controle externo, já discutido pelo relator (controle empresarial *ab extra*[71]), decorrente da própria tecnologia licenciada, e que pode gerar uma relação de dependência entre Licenciante e Licenciada.

Destacou, ao final, que, existindo possibilidade de o ato entre as partes prejudicar a livre concorrência ou limitá-la,[72] operações envolvendo contratos de licenciamento deverão ser notificadas ao SBDC.

4.3.3 Do voto do conselheiro Marcos Paulo Veríssimo (pelo não conhecimento)

Após detido levantamento do histórico de entendimentos do Conselho envolvendo contratos de licenciamento,[73] o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, Relator do AC n. 08012.002870/2012-38, concluiu pelo não conhecimento de ato de concentração que (i) tiver como objeto tão somente o licenciamento de patente/tecnologia; (ii) não prever empreendimentos em comum ou forma de atuação em conjunto; (iii) não implicar troca ou rearranjo de participação societária entre as partes ou entre estas e terceiras empresas; (iv) nem tampouco prever cláusula de exclusividade ou que de qualquer modo influencie a atuação concorrencial independente de ambas as partes.

tecnologia são especialmente mais sensíveis (ainda que haja 'não-exclusividade'), pois neles a assimetria de informação sobre as estruturas se acentua e, logo, decisões pelo não conhecimento devem ser objeto de um ônus argumentativo muito maior; (vi) Esse *elevadíssimo ônus argumentativo* deve incorporar, no mínimo, uma detalhada descrição e domínio das trajetórias tecnológicas, em seus aspectos explícitos e tácitos, uma estabilizada base de dados sobre as estruturas, que inclua comportamentos econômicos, jurídicos e sociais, e seus efeitos sobre o ambiente concorrencial, os concorrentes, demais atores da cadeia produtiva e os consumidores; (vii) Mesmo com tal ônus argumentativo, *havendo algum grau de dúvida, a missão da autoridade antitruste sempre será conhecer*, e, depois, decidir, pois sua finalidade precípua é a proteção das condições de concorrência, sendo a indicação de padrões de segurança às empresas sobre critérios de submissão (ou 'sinalizar ao mercado com um pouco mais de clareza') um valor instrumental a tal fim, jamais podendo haver disfunção entre meios e fins; e (viii) Se houver *outros eixos normativos que buscam o conhecimento* sobre setores e trajetórias tecnológicas, a decisão administrativa deve buscar a harmonização, como é óbvio, dos dois comandos normativos, optando-se *pelo conhecimento das operações*".

71. "Existe um controle *ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra e sem que o representante da dominante tenha algum assento em algum órgão da empresa subordinada. É o fenômeno chamado controle externo. (...) Além desses tipos de contratos nominados (...) também admite-se que qualquer outro contrato possa gerar situação de dependência – controle, característica do grupo de subordinação. Os exemplos dados são financiamento bancário e o contrato de fornecimento" (trecho retirado da obra: "Grupo societário fundado em controle e abuso de poder do controlador", in *Direito Empresarial*, pp. 270-291, São Paulo, Saraiva, 1995).

72. Em suas palavras, "independente de haver exclusividade no relacionamento entre as licenciadas e a Monsanto, a natureza da tecnologia licenciada une as envolvidas de forma quase que direta. Sendo assim, a meu juízo, os contratos de licenciamento ofertados pela Monsanto exercem algum tipo de controle externo sobre as licenciadas".

73. Em suas palavras, destaca que "(i) não há ainda uma 'jurisprudência consolidada' do CADE em relação ao conhecimento de contratos de licenciamento não exclusivos de patente, (ii) a maioria dos casos que foram conhecidos foi analisada (em especial recentemente) pelo rito sumário; (iii) em grande parte dos casos se reconhece o caráter pró-competitivo, especialmente por possibilitarem o compartilhamento de tecnologia patenteada e especialmente quando não há cláusulas de exclusividade envolvidas; (iv) as restrições impostas às operações que foram conhecidas disseram respeito basicamente à alteração de cláusulas contratuais que estabeleciam algum tipo de exclusividade ou não concorrência entre as partes; (v) o único risco à concorrência apontado em tais precedentes disse respeito, justamente, a um potencial fechamento de mercado decorrente de uma eventual exclusividade; (vi) apesar das decisões proferias pelo Plenário no sentido do não conhecimento, algumas operações foram conhecidas; e (vii) as operações não conhecidas envolviam todas contratos de licenciamento não exclusivos".

Isto porque, nas palavras do Conselheiro, atos desta modalidade não devem ser objeto de exame em sede de controle preventivo, não apenas por motivos legais, mas também por razões de ordem pragmática e de *política de enforcement* do direito concorrencial.

Em linhas gerais, do ponto de vista legal, ressaltou que os contratos de licenciamento sem exclusividade não teriam o condão de produzir concentração econômica. Em palavras claras, o Conselheiro elucidativamente expõe a sua linha de raciocínio:

> O ponto, contudo, não é este; não está em saber se um arranjo contratual qualquer *pode*, em certas circunstâncias, ter efeito econômico igual ao de uma concentração econômica. Está, ao revés, em saber se todo arranjo contratual implica, necessariamente, esse resultado. A resposta, a meu ver, é claramente negativa (...).
>
> (...) Isso não significa, por óbvio, que tais contratos estejam sujeitos a isenção antitruste. Muito pelo contrário. Significa, apenas, que não estão submetidos ao regime específico do exame *ex ante* de *concentrações empresariais* e que sua análise, quando for o caso, se dará *ex post*, em sede de controle de condutas.[74]

Nesse passo, importa notar que o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo identifica o contrato associativo como

> aquele que possui o condão de originar associação substantiva com viés de integração vertical ou concentração horizontal, geralmente envolvendo cláusulas de exclusividade e/ou não concorrência, ou a aquisição de ativo intangível suficientemente relevante para que se altere a independência concorrencial das partes envolvidas na contratação.[75]

Quanto à *política de enforcement* do direito concorrencial, sustenta que haveria um obstáculo à autoridade para se antever as possibilidades de abuso decorrentes de um contrato anteriormente à sua efetiva execução pelas partes, motivo pelo qual o *enforcement* das regras concorrenciais estaria muito mais relacionado ao controle repressivo (controle *ex post* de condutas) do que ao controle preventivo (controle *ex ante* de estruturas de mercado). Inclusive, o Conselheiro se atenta para o risco de o controle preventivo ser estrategicamente utilizado para se obter aval do Conselho para a celebração de contratos que em seu teor poderiam ser avalizados, mas que em sua execução, se revelem anticompetitivos, especialmente em se tratando de contratos de trato continuado.

Por fim, no que tange ao viés pragmático, a fundamentação pelo não conhecimento da operação se relaciona à impossibilidade fática, pela limitação inerente ao aparato estatal, de se analisar e autorizar um número desconhecido de novas contratações, que tampouco ensejarão preocupações concorrenciais ou mesmo que, ainda que ensejem, envolverão "preocupações de um tipo que o Conselho não conseguirá lidar em sede de análise preventiva".[76]

4.3.4 Da paradigmática análise da conselheira Ana Frazão (pelo não conhecimento)

De modelar lucidez, o voto da Conselheira Ana Frazão buscou responder questões essenciais, ainda não formuladas até o momento.[77] Preocupada com a amplitude da redação concedida à Legislação de Defesa da Concorrência, a Conselheira buscou definir

74. Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, Relator do AC n. 08012.002870/2012-38.

75. Idem, ibidem.

76. Idem, ibidem.

77. Algumas detalhadas a seguir:

(i) Se considerarmos ato de concentração qualquer contrato que possa levar a situações de controle externo, influência relevante ou dependência econômica, quais são os desdobramentos desta premissa sobre os demais contratos empresariais de longa duração?

(ii) Se considerarmos que o contrato de licença de patentes é um ato de concentração, não deveríamos considerar da mesma maneira todos os contratos empresariais de longa duração, especialmente aqueles que apresentam elementos associativos muito mais fortes, tais como os de mandato, representação, comissão mercantil, agência,

com maior precisão os conceitos utilizados pela Lei 12.529/2011, nomeadamente o de ato de concentração e de contratos associativos propriamente ditos, "sob pena de se poder considerar com tal qualquer contrato ou operação realizada por empresa que apresentasse, à época, faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 400 milhões de reais".[78]

Ao admitir a existência de contratos que poderiam gerar preocupações anticoncorrenciais,[79] a Conselheira primeiramente ressalta que os contratos de licenciamento de patentes não se enquadrariam na modalidade de atos de concentração, dado seus efeitos pró-competitivos e geradores de eficiências econômicas relacionadas à sua natureza de bens intangíveis e consequentes direitos negativos:

> Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o contrato de licença sem exclusividade não envolve, obviamente, aquisição de ativos (...).
>
> Como é de saber comum, a propriedade intelectual, em razão da sua ubiquidade, não gera para o seu titular nenhum direito positivo. Tanto o titular pode usufruir do seu direito sem precisar de ninguém, como terceiros podem fazê-lo sem cercear a fruição pelo titular. Por isso, tais direitos são essencialmente negativos, na medida em que atribuem ao titular a faculdade de impedir que terceiros deles se utilizem.
>
> (...) Não havendo exclusividade, tem-se que o ativo não é propriamente transferido; o que se transfere é tão somente o seu uso, que se acumula com o do licenciante e com o de outros licenciados.
>
> É por essa razão que tais contratos são vistos, em princípio, como pró-competitivos e geradores de eficiências econômicas, embora não se questione que, principalmente quando combinados a outros contratos, podem ter sérios efeitos anticompetitivos.
>
> Todavia, é forçoso convir em que o eventual risco de produção de efeitos anticompetitivos não faz com que tais contratos possam ser considerados, por essa única razão, como atos de concentração.
>
> Com efeito, o risco de produção de efeitos competitivos pode ser, por si só, elemento justificador do controle de condutas, mas não do controle de estrutura, o qual está sujeito a filtros importante – como o faturamento de empresas envolvidas – e a pressuposto básico: a existência de um ato de concentração que, exatamente por isso, possa afetar a estrutura do mercado.[80]

Tecidas as considerações concernentes aos contratos de licenciamento de patentes em particular, a Conselheira passa a ponderar a definição de contratos associativos, a partir de uma análise comparativa com as figuras dos consórcios e das *joint ventures*.

Utilizando-se da dicotomia empresa-mercado proposta por Ronald Coase,[81] a Conselheira ressalta que os contratos de consórcio, as *joint ventures* e os contratos

distribuição e franquia, os quais apresentam igualmente riscos à concorrência?

(iii) Se considerarmos que é a possibilidade de controle externo o critério para definir o ato de concentração, não estamos admitindo que todos os contratos celebrados por agentes detentores de poder econômico devem ser notificados ao CADE, incluindo aí até contratos tipicamente comutativos, tais como os de fornecimento e empréstimo, dentre outros?

78. Voto da Conselheira Ana Frazão, nos autos dos Atos de Concentração ns. 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01, todos julgados concomitantemente.

79. "Com efeito, tem-se observado, mais recentemente, um aumento crescente de contratos que, não ajustando às hipóteses clássicas de concentração, têm levado a efeitos semelhantes no que diz respeito à agregação de poder empresarial das contratantes e, consequentemente, ao aumento do poder de comando ou gestão empresarial.

"Em tais contratos, as participantes mantêm a sua independência econômica e financeira, não reestruturam internamente a sua gestão ou poder de controle e não necessariamente adquirem ativos e, se o fazem, isso se dá de forma meramente instrumental. Não obstante, passam a titularizar, em conjunto, um poder empresarial ou criam um novo centro de gestão ou decisão."

80. Voto da Conselheira Ana Frazão, nos autos dos Atos de Concentração ns. 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01, todos julgados concomitantemente.

81. Ronald H. Coase, "The Nature of the Firm", *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16 (nov. 1937), The London School of Economics and Political Science, pp. 386-405.

associativos combinam elementos tanto da organização típica da empresa como também da coordenação inerente ao mercado.[82]

Analogamente às *joint ventures*,[83] os contratos associativos seriam dotados, então, de (i) *objetivo empresarial comum*, em torno do qual se (ii) *coordenam os esforços* dos participantes, incluindo-se aqui a (iii) *assunção conjunta de riscos*, razão pela qual cria-se uma (iv) *organização mínima* (estrutura organizativa própria ou ao menos uma interdependência organizativa) que possa dar suporte ao objeto comum, sem contudo comprometer significativamente (v) a *independência jurídica e econômica* de cada uma delas (não se forma empresa comum com personalidade distinta).[84]

Nesse diapasão, o elemento organizativo, representado pela organização comum ou interdependência organizativa entre as partes contratantes, seria o diferenciador da estrutura contratual atinente à *joint venture*. Seriam, portanto, justamente esses os elementos que qualificam essas estruturas contratuais em efetivos atos de concentração: envolvem o compartilhamento do poder de direção/decisão sobre o empreendimento em comum e a consequente assunção dos respectivos riscos.

Em palavras claras, embora não se forme efetivamente nova empresa com personalidade distinta, factualmente, no âmbito da operação econômica instrumentalizada por meio do contrato, constrói-se uma interdependência organizativa suficiente para o surgimento de novo poder decisório (o compartilhado), mesmo propósito pelo qual se formam novas empresas com personalidades distintas.

Caricaturando-se em linhas superficiais, trata-se de fusão/incorporação/aquisição maquilada de relação obrigacional/contratual supostamente inofensiva.[85]

A Conselheira vai além: percebe a definição dos contratos associativos não apenas pela sua analogia às *joint ventures*, mas também pela sua distância dos contratos comutativos de execução continuada no tempo. Isto porque, em suas palavras, a mera referência à cooperação ou colaboração não seria suficiente para defini-los, em especial considerando-se que a cooperação entre as partes contratantes é comum a todos os contratos, precipuamente dado o princípio da boa-fé objetiva, além de ser aspecto latente nos contratos comutativos de execução continuada.

Nesse sentido, enquanto nos contratos comutativos de execução continuada e demais contratos aplicáveis, a cooperação se apresenta como um dever lateral, muito porque as prestações são naturalmente distintas e contrapostas, nos contratos associativos, além do já mencionado *elemento organizativo*, a cooperação corresponde à própria prestação principal da relação.[86] Trata-se de *cooperação qualificada*.

82. Considerações análogas foram tecidas por Oliver E. Williamson em seu artigo "Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives".

83. A Conselheira Ana Frazão cita Valérie Pinoron para definir as *joint ventures* como contrato relacional e organizativo, exatamente as características essenciais de um contrato denominado associativo.

84. A mesma discussão foi travada nos autos do Ato de Concentração n. 08700.004957/2013-72, de relatoria do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Em seu voto, o Conselheiro se utiliza das premissas teóricas postuladas pela Conselheira Ana Frazão no AC n. 08012.002870/2012-38, ora discutido, chegando inclusive a transcrever trechos de seu voto. Os elementos utilizados para a definição de contratos associativos foram reproduzidos, apenas como redação distinta: "De maneira geral, mas não exclusiva ou exaustiva, podemos descrever os caracteres dos tipos contratuais elencados pelo inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529/2011 como (i) a *comunhão de interesses comerciais* e (ii) o *exercício de empreendimento comum* por meio da (iii) *coordenação de atividades empresariais*, com o devido (iv) *compartilhamento de riscos* dessa atividade".

85. Inclusive, importante notar neste passo a diferenciação feita por Ascarelli entre contratos obrigacionais e os de organização (Tullio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001, p. 182).

86. "Frazão also explained that the term associative agreement has a broad meaning that makes it

Muito embora a operação em discussão tenha sido, ao final, conhecida e aprovada com restrições, as premissas teóricas adotadas pela Conselheira Ana Frazão foram acolhidas pelo Conselho a partir desse momento. Em linhas gerais, pode-se dizer que, tanto nos autos do AC 08012.002870/2012-38, ora discutidos, quanto nos autos do AC 08700.004957/2013-72, posterior e de objeto idêntico, o Conselho adotou a premissa jurídica desposada pela Conselheira Ana Frazão, adotando-se, contudo, premissa fática distinta, a de que não se tratava de simples contrato de licença de patentes, em razão da presença de cláusulas contratuais específicas que são reveladoras de integração entre as contratantes, elemento de qualificação como contrato associativo segundo a Conselheira, motivo de seu conhecimento e aprovação com restrições.[87]

A despeito da Resolução 10, de 29.10.2014 ter como escopo definir a qualificação dos contratos associativos para fins de submissão obrigatória ao Conselho, o seu curto período de vigência impediria, *prima facie*, uma análise mais profunda da sua aplicação pelo CADE.

Desde a sua emissão até o presente momento, muitas foram as operações submetidas ao CADE com fulcro no inciso IV do artigo 19 da Lei 12.956/2012,[88] sendo inclusive oferecidos, por meio da referida Resolução, critérios objetivos ao ProCADE para subsidiar a desnecessidade da notificação obrigatória de diversos contratos,[89] mas poucas foram de fato analisadas pelo Tribunal e seus respectivos Conselheiros relatores.

Três são os mais recentes entendimentos jurisprudenciais pertinentes ao tema, exarados nos autos dos processos n. 08700.007192/2015-94, n. 08700.010927/ 2015-67 e n. 08700.000137/2015-73, de relatoria dos Conselheiros João Paulo de Resende,[90]

different from commutative agreements in which the cooperation is an ancillary obligation. Actually, under the associative agreements, the cooperation is the provision itself, in other words the main obligation. Consequently, the associative agreements are not different from other agreements because of an existing cooperation, but rather and mainly because of the level and type of concentration" (F. C. de Abreu, J. M. Honda, "Associative Agreements under the Brazilian Antitrust Law", in *Overview of Competition Law in Brazil*, São Paulo, IBRAC/Singular, 2015, p. 155).

87. Conselheiro Relator Alessandro Octaviani conclui em seu voto que "De maneira geral, mas não exclusiva ou exaustiva, podemos descrever os caracteres dos tipos contratuais elencados pelo inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529/2011 como *(i) a comunhão de interesses comerciais e (ii) o exercício de empreendimento comum* por meio da *(iii) coordenação de atividades empresariais*, com o devido *(iv) compartilhamento de riscos* dessa atividade" (grifos originais, fls. 523 dos autos do AC 08700.004957/2013-72).

88. Menciona-se, a título não exaustivo, os processos ns. 08700.000137.2015-73, 08700.000540.2015-01, 08700.001226.2015-37, 08700.001403.2015-85, 08700.001862.2015-69, 08700.002311.2015-12, 08700.002887.2015-80, 08700.003640.2015-81, 08700.003642.2015-70, 08700.006240.2015-27, 08700.006310.2015-47, 08700.006584.2015-36, 08700.007192.2015-94, 08700.009389.2015-68, 08700.009764.2015-70, 08700.009926.2015-70, 08700.010002.2015-16, 08700.010033.2015-77, 08700.010061.2015-94, 08700.010731.2015-72, 08700.010927.2015-67, 08700.011507.2015-06, 08700.011682.2015-95, 08700.011952.2015-68, 08700.012130.2015-02, 08700.012314.2015-64, 08700.012334.2015-35, 08700.012599.2015-33, 08700.000296.2016-59, 08700.001192/2016-61, 08700.003598/2016-89.

89. Apenas a título ilustrativo, citamos os Processos ns. 08700.002887/2015-80, 08700.006240/2015-27, 08700.012334/2015-35 e 08700.011952/2015-68, nos quais os critérios objetivos da Resolução 10 de 2014 forneceram subsídios para que o ProCADE concluísse pela desnecessidade da notificação obrigatória.

90. Nas palavras do Conselheiro João Paulo de Resende, por ocasião da análise do Processo n. 08700.007192/2015-94, "mesmo reconhecendo a existência de relação de interdependência entre as partes, caracterizadas aqui pela dependência operacional recíproca (...), entendo pela não caracterização de um contrato associativo, uma vez que cada Consulente explora comercialmente apenas ativo de sua exclusiva propriedade por meio do qual realiza a prestação de serviço de leitura de etiquetas eletrônicas para si e para outrem. Portanto, (...) não há compartilhamento de ativos, de receitas ou de prejuízos entre as partes, na medida em que o interesse de cada uma das Consulentes, em cada contrato, é oposto, e os contratos, apesar de recíprocos, são independentes, se considerados isoladamente".

Márcio de Oliveira Júnior[91] e Ana Frazão, respectivamente.

Para que se possa traçar paralelo para com os entendimentos anteriormente citados, vale ressaltar o voto da Conselheira Ana Frazão, recentemente exarado nos autos do processo n. 08700.000137/2015-73.

Nele, os critérios elencados pela Resolução 10/2014 foram utilizados pela Conselheira para se confirmar a obrigatoriedade da submissão do contrato discutido, haja vista se tratar de "*evidente cooperação vertical entre as empresas, com o uso de ativos uma pela outra (...), um acordo para desenvolvimento de infraestrutura, transferência de um cliente (fator de intensa relevância concorrencial, e o fornecimento de gás pela Gás Local para posterior redistribuição pela Gasmig*", além da existência de cláusula de exclusividade no programa contratual originário.[92]

Antes de se adentrar ao caso concreto, contudo, a Conselheira teceu novas considerações teóricas sobre a definição dos contratos associativos, em muito condizentes com o seu anterior posicionamento. Curioso notar que, em seu voto, os contratos associativos foram em muito aproximados aos denominados contratos plurilaterais,[93] para então os qualificar como contratos cuja operação econômica subjacente encobre uma comunhão de interesses e fim (fim comum), motivo pelo qual as partes tendem a instituir uma organização comum para se alcançar o seu propósito contratual (elemento organizativo), qualificando-se ainda a cooperação entre as partes como dever principal (cooperação qualificada).

Dada a relativa consolidação de um entendimento jurisprudencial do Conselho quanto à definição de contratos associativos frente à atual legislação antitruste, percebe-se que o entendimento construído converge para com a definição teórica macneiliana, alinhan-

91. Durante a análise do Processo n. 08700.010927/2015-67, o Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior entendeu que, "Nos contratos em questão, ao preverem 'direito de preferência' de um lado e 'direito de primeira oferta' de outro, estamos diante de uma preferência cruzada mascarada no contrato, que pode ser equiparada a cláusula de exclusividade, produzindo efeitos jurídico-econômicos equivalentes. (...) Assim sendo, apesar de não significar diretamente uma exclusividade, é clara a possibilidade de elevação das barreiras à entrada e de consequente fechamento do mercado, uma vez que, para concorrer com as Consulentes, a empresa concorrente teria que 'cobrir' os incentivos oferecidos pela rival. Portanto, diante da presença de um potencial efeito exclusionário dessas cláusulas, equiparáveis a relações de exclusividade, entendo que tais contratos são associativos e, portanto, devem ser notificados ao CADE. Ressalto que, caso essas cláusulas sejam retiradas, a parte estará isenta da notificação obrigatória, uma vez que a inexistência dessas cláusulas descaracterizaria tais contratos como associativos".

92. "Percebe-se, por exemplo, que a Gasmig cedeu à GásLocal um terreno para que ela realizasse as instalações das unidades de armazenagem e regaseificação do GNL e também as demais instalações necessárias para a prestação do serviço à Gasmig e, além disso, se comprometeu a construir um gasoduto local interligando a unidade de regaseificação estabelecida no terreno em comodato e os clientes que possam ser atendidos pelo modal GNL. Em contrapartida, a GásLocal comprometeu-se a transferir para a Gasmig o único cliente que possui atualmente na região, a Usiminas Automotiva (Usiparts), para que venha a compor a carteira de clientes da Gasmig. (...) Por isso, muito embora não se vislumbre uma união dos centros decisórios, é evidente que as empresas atuaram com interesses convergentes para a realização de um empreendimento em conjunto e em benefício de ambas, o que evidencia a cooperação e o caráter associativo do negócio" (Voto exarado pela Conselheira Ana Frazão nos autos do processo n. 08700.000137/2015-73).

93. "Nos contratos associativos, tem-se, portanto, uma cooperação qualificada. Porém, ao lado desta característica, é importante destacar que os contratos associativos também requerem algum tipo de organização comum, ainda que mais flexível do que a encontrada nas *joint ventures*. Tais aspectos ficam muito claros na noção de contrato plurilateral, que, de certa forma, é sinônima ou bem próxima à de contrato associativo. Tal teoria, que foi difundida no Brasil, por Tullio Ascarelli, parte da premissa de que os contratos plurilaterais, como contratos de comunhão de fim, são distintos dos contratos de permuta: enquanto estes visam a uma distribuição de bens, aqueles visam a disciplinar a utilização dos bens a que se referem. Daí porque, do ponto de vista da função econômica, os contratos plurilaterais seriam essencialmente contratos de organização, o que os diferenciaria essencialmente dos contratos de permuta" (Voto exarado pela Conselheira Ana Frazão nos autos do processo n. 08700.000137/2015-73).

do-se, senão no todo, em grande parte, aos embasamentos doutrinários detalhados no capítulo terceiro do presente artigo.

Conclusão

Partindo-se de problemáticas concernentes ao próprio aparato legal brasileiro, nomeadamente a adoção da figura do contrato associativo como ato de concentração, a presente discussão pretendeu analisar se o termo cunhado pelas Leis de Concorrência, seja pela anterior, pela atualmente em vigor ou pela resolução emitida pelo CADE, se mostra satisfatoriamente definido perante o mercado, a ponto de resguardar a segurança jurídica, tão cara ao nosso sistema jurídico.

No decorrer da análise, percebeu-se não apenas que o conceito de contrato associativo mantém uma proximidade parental com o denominado contrato relacional proposto por Macneil, mas também que as definições esboçadas pela doutrina brasileira e internacional estão em consonância com os recentes entendimentos jurisprudenciais emitidos pelo CADE, próximo ao alcance de vozes uníssonas.

A problemática que se pretende expor se relaciona a princípios deveras valiosos ao sistema jurídico nacional: como alcançar a segurança jurídica durante a aplicação de termo legal cunhado de forma genérica, ainda mais em se considerando o princípio da boa-fé que atualmente permeia ampla parcela das relações contratuais.

Em linhas pragmáticas: qual o limite da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE no que tange à regulação das relações contratuais?

A questão é muito bem pontuada pelos Conselheiros Marcos Paulo Veríssimo e Ana Frazão durante a prolação de seus votos nos autos dos processos administrativos detalhados anteriormente: em se adotando unicamente a cooperação em seu sentido amplo como critério para se definir os contratos associativos, a larga maioria, senão todos os contratos empresariais de execução continuada no tempo, celebrados entre empresas que apresentem critério de faturamento indicado pela lei, seriam qualificados como associativos, subsumindo-se à hipótese legal de controle preventivo.

Do mesmo modo, caso se considere unicamente a *possibilidade* de controle externo, influência dominante ou dependência econômica para se qualificar a relação contratual como associativa, independentemente da manutenção do caráter comutativo do contrato, a mesma conclusão lógica exposta no parágrafo anterior seria aplicável nesta hipótese: todos os contratos empresariais de execução continuada no tempo, celebrados entre empresas que detêm faturamentos anuais brutos superiores a 750 milhões de reais e 75 milhões de reais deveriam ser levados à análise do Conselho previamente à sua execução, dado que em todos haveria presunção de poder econômico e, portanto, possibilidade de controle *ab extra*.

Ambas as situações mencionadas acima trariam implicações problemáticas sob o viés de *enforcement*. Primeiramente porque haveria uma dificuldade naturalmente enfrentada pela autoridade para se antever, anteriormente à sua efetiva execução, as possibilidades de abuso decorrentes de um contrato no qual há mínima cooperação entre as partes, em seu sentido amplo, ou no qual uma das partes possui poder de mercado suficiente (o que não exige muito) para haver a mera possibilidade de controle externo. Em segundo lugar porque "o CADE evidentemente não tem condições materiais para fazer a análise de todos os contratos empresariais celebrados por agentes que contam com presunção de poder econômico".[94]

94. Voto da Conselheira Ana Frazão nos autos dos AC ns. 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08700.003898/2012-34 e 08700.003937/2012-01, p. 20.

Conforme se depreende, a adoção de critérios por demais genéricos e amplos para a qualificação do contrato como associativo mostra-se incompatível com os desígnios do controle de estrutura, que tem por escopo a apreciação de atos de concentração, esta por sua vez de natureza restritiva e preventiva.[95] Afinal, o controle preventivo, realizado *ex ante*, gera altos custos de transação por impossibilitar a eficácia imediata das operações a ele sujeitas, o que poderia representar verdadeiro engessamento da atividade empresarial.

Mostra-se necessário, portanto, o sopesamento de duas prioridades casuisticamente opostas, a saber, mais vale agir com extrema cautela para se evitar, de antemão, eventual abuso em toda e qualquer relação contratual a ser efetivamente iniciada, ao sacrifício representado pelo engessamento não apenas da atividade empresarial, mas precipuamente do aparato estatal, ou garantir a celeridade inerente ao mercado globalizado, deixando ao controle repressivo de conduta o papel de remediação de abusos efetivamente perpetrados durante a execução de uma relação contratual de longa duração? A resposta parece socorrer a segunda hipótese.

Uma vez mais, naturalmente não se defende a isenção de tais relações contratuais ao controle do Conselho, menos ainda às regras concorrenciais. Muito pelo contrário, discute-se qual das modalidades de controle, preventivo de estruturas ou repressivo de condutas, seria a mais eficiente não apenas para a dinâmica do mercado empresarial em si, mas propriamente para o perfeito desempenho do aparato estatal como um todo.[96]

Do cenário exposto extraem-se duas proposições de controle concorrencial, a saber, o repressivo para relações contratuais em geral, mesmo para aquelas nas quais há poder de mercado e/ou cooperação mínima entre as partes, e o preventivo apenas e tão somente para os contratos efetivamente associativos, ou seja, para aquelas relações contratuais nas quais se verifica a *cooperação qualificada*, conforme proposto pela Conselheira Ana Frazão.

A subdivisão acima nada mais representa do que a busca pela segurança jurídica e pela eficiência na proteção do mercado concorrencial, por meio de uma definição

95. Como salientou a Conselheira Ana Frazão em seu voto (autos dos AC ns. 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08700.003898/2012-34 e 08700.003937/2012-01, p. 20): "parto da premissa de que o que justifica o controle de estrutura é a existência de ato de concentração, que é o que modifica a estrutura do mercado. A mera possibilidade de haver controle externo leva apenas à conclusão da possibilidade de haver ato de concentração, o que poderá ou não ocorrer. E entendo que essa mera possibilidade não é suficiente a ensejar o controle de estrutura aprioristicamente, ainda mais considerando os altos custos de transação envolvidos para os empresários, o que se potencializa com o controle preventivo. (...) No caso ora em julgamento, entendo que a proteção não se dá pela via do controle de estrutura, mas sim pela via do controle de conduta que, por ser essencialmente casuístico, melhor se adequa às peculiaridades do controle externo".

96. Em consonância com o entendimento acima esposado, "Considering this scenario, it would be more conceivable, even if to save public funds, to concentrate the analysis to be made from the perspective of the conducts. On the other hand, one should not neglect the risk of reverse effect, in other words, the very small number of filings involving these types of contract considering the legal insecurity of those involved. Without limiting any of the assumed scenarios, there would be no practical effectiveness for the measure. All this leads to the following conclusion: it would be more logical and less costly with regard to competition to review the vertical contracts, as a rule, under the perspective of the conducts" (F. C. de Abreu, J. M. Honda, "Associative Agreements under the Brazilian Antitrust Law", in *Overview of Competition Law in Brazil*, cit., p. 162). No mesmo sentido, "There is no doubt that, in the ideal world, licensing agreements should only be reviewed a posteriori, in the antitrust enforcement against anticompetitive behaviors, similarly to the approach undertaken in the US and EU. This is so because the prior control of market structures does not enable an evaluation of the actual effects of such agreements in a given relevant market, or because the agreements present peculiar characteristics that make them be presumably pro-competitive and beneficial to innovation and technical development" (P. E. Lilla, E. V. Sang, "Technology Transfer Agreements as Associative Agreements Subject to Merger Control in Brazil", in *Overview of Competition Law in Brazil*, cit., p. 210).

mais clara e restrita dos *liames contratuais como atos de concentração*: todo negócio jurídico bi ou plurilateral marcado pelo objetivo empresarial comum, em torno do qual as partes contratantes coordenam os seus esforços em *cooperação qualificada* (dever principal), incluindo-se a *assunção conjunta de riscos* (áleas interdependentes), razão pela qual se cria uma *estrutura organizativa própria ou interdependente* que possa dar suporte à persecução do objeto comum, sem, contudo, comprometer significativamente a independência jurídica e econômica de cada uma delas.

Enfim, a problemática não parece ter sido solucionada, mas deslocada: considerando que o controle preventivo de estruturas se relaciona a uma apreensão apriorística, natural que se defenda que todo arranjo contratual cujo conteúdo envolva a cooperação qualificada, cumulada com áleas e estruturas organizativas interdependentes, seja de notificação obrigatória. Resta saber como identificar tais arranjos contratuais ante a diversidade empresarial, tarefa a ser eventualmente executada pelas partes contratantes, previamente à notificação.

Natural que a solução resida antes nas disposições das cláusulas contratuais do que na tipificação do contrato propriamente dito. Delineia-se com nitidez o próximo passo a ser adotado pelas autoridades e doutrinadores brasileiros: a consolidação de entendimentos sobre quais as modalidades de cláusulas que conviriam para se instrumentalizar a cooperação qualificada e a interdependência entre as partes, ou melhor, quais as cláusulas a serem classificadas como associativas.

Bibliografia

AZEVEDO, A. J. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

BRAGA, Marco Aurélio. *Subdesenvolvimento, Tecnologia, e Direito Econômico: o Programa Nacional de Nanotecnologia e o Desafio Furtadiano*. Dissertação de Mestrado, FDUSP, 2013.

COASE, R. H. "*The Nature of the Firm*", *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16 (nov. 1937), The London School of Economics and Political Science.

CORDOVIL, L. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo, Ed. RT, 2012.

DE ABREU, F. C.; HONDA, J. M. "Associative Agreements under the Brazilian Antitrust Law". In: *Overview of Competition Law in Brazil*. São Paulo, IBRAC/Singular, 2015.

FARIA, J. E. "Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira". *Rev. Direito GV*, vol. 5, n. 2, São Paulo, jul.-dez. 2009.

FERNANDES, W. (coord.). *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

_____ (coord.). *Contratos Empresariais: Contratos de Organização da Atividade Econômica*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

FORGIONI, P. A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2012.

_____. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo, Ed. RT, 2015.

GOMES, O. *Contratos*. 26ª ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

LILLA, P. E., SANG, E. V., "Technology Transfer Agreements as Associative Agreements Subject to Merger Control in Brazil". In: *Overview of Competition Law in Brazil*. São Paulo, IBRAC/Singular, 2015, p. 201.

MACEDO JÚNIOR. R. P. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo, Ed. RT, 2006.

MACNEIL, I. R. *O Novo Contrato Social: uma Análise das Relações Contratuais Modernas*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

NORTH, D. C. "Institutions, Institutional Change and Economic Performance", *Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge University Press, 1990.

ROPPO, E. *O Contrato*. Coimbra, Almedina, 2009.

SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial: as Condutas*. 1ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

_____. *Regulação da Atividade Econômica*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

_____. *Regulação e Desenvolvimento – Novos Temas*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

_____. "Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato", *RDM* 141. São Paulo, Malheiros Editores.

SCHUMPETER, J. A. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. Nova York, Harper Perennial Modern Thought, 2008.

SMITH, A. *Investigações sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. Livro I, cap. I, 1776.

SULLIVAN L. e GRIMES W. *The Law of Antitrust: an Integrated Handbook*. West Group, 2000.

VARELA, J. de M. A. *Das Obrigações em Geral*, vol. 1. 10ª ed. rev. e atual. Coimbra, Almedina, 2008.